

Parere n. 148 del 09/09/2010

PREC 145/09/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa [omissis] – Lavori di manutenzione straordinaria ed adeguamento alle norme di sicurezza per l'edificio scolastico [omissis] – Importo a base d'asta € 309.847,79 – S.A.: [omissis].

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 marzo 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa [omissis] ha esposto di aver partecipato alla procedura di gara per l'aggiudicazione dei lavori in oggetto e di essere stata esclusa – come da provvedimento di cui al verbale di gara datato 10 marzo 2009 – per quanto dichiarato al punto C1 dell'istanza di partecipazione, ossia la presenza di un decreto penale di condanna per violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro.

In merito a detto provvedimento di esclusione l'impresa istante ha chiesto a questa Autorità di esprimere il proprio parere sulla legittimità del comportamento della stazione appaltante, la quale non ha chiesto alcun chiarimento per conoscere l'entità del reato prima di escludere l'offerta, limitandosi a riportare nel provvedimento di esclusione la stessa frase con cui l'impresa istante aveva dichiarato in fase di gara l'esistenza del decreto penale di condanna in questione.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, il Comune di [omissis] ha ribadito gli esiti della gara, specificando che l'esclusione è avvenuta ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006 ed evidenziando che i lavori sono stati aggiudicati ed eseguiti per oltre il 70 %.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione, disposto dalla stazione appaltante soltanto a fronte della dichiarazione e della conseguente sussistenza della condanna per un reato (violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro) reputato ostativo ai sensi della disciplina di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

Nel caso di specie non è in contestazione la sussistenza della condanna né la sua dichiarazione da parte dell'impresa istante né l'interpretazione della previsione del bando, dovendosi qualificare la fattispecie nell'ambito della disciplina normativa invocata.

Partendo quindi da quest'ultimo dato, occorre, preliminarmente, ricordare che l'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 statuisce che “*sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ... c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; e) che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate*

alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio”.

Stante il richiamato contenuto della disposizione in esame, si deve innanzitutto evidenziare come la stazione appaltante abbia richiamato solo la lettera c) del citato art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, mentre le gravi infrazioni in tema di sicurezza del lavoro trovano anche disciplina nella successiva lettera e) del medesimo articolo.

In termini di inquadramento, poi, va ribadito che nell'ambito dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle gare l'art. 38 in questione prevede ipotesi per le quali la situazione ostativa, per essere tale, deve avere carattere di gravità, come in materia di gravità dei reati (lett. c) e sicurezza del lavoro (lett. e) – in rilievo nel caso in esame – nonché in caso di negligenza e malafede nell'esecuzione delle prestazioni (lett. f) e di irregolarità contributiva (lett. i) ed altre situazioni per le quali, invece, il requisito della gravità non è richiesto, quali le irregolarità fiscali di cui alla lett. g), con la conseguenza che il legislatore ha inteso attribuire all'Amministrazione il potere di valutare l'entità dell'infrazione, ai fini della sussistenza del requisito di affidabilità, soltanto nelle ipotesi caratterizzate dalla gravità, mentre nelle altre la sussistenza dell'infrazione è di per sé sufficiente ad impedire la partecipazione alla procedura (cfr. ad es. Consiglio Stato, Sez. V, 23 marzo 2009, n. 1755).

L'Autorità si è più volte soffermata su tali requisiti di partecipazione (cfr.: determinazioni n. 13/2003, n. 4/2006 e, da ultimo, n. 1/2010), precisando che compete alla stazione appaltante l'accertamento, di natura discrezionale e comportante l'obbligo di motivazione, della esistenza e della gravità della violazione commessa e sostenendo, in particolare, che la “gravità”, prevista come presupposto sia dalla lettera c) che dalla lettera e), debba essere desunta dalla specifica tipologia dell'infrazione commessa, sulla base del tipo di sanzione (arresto o ammenda) per essa irrogata, dell'eventuale reiterazione della condotta, del grado di colpevolezza e delle ulteriori conseguenze dannose che ne sono derivate (es. infortunio sul lavoro). Si precisa, altresì, come rilevato nel parere n. 138/2008, che la stazione appaltante è legittimata ad effettuare le suddette valutazioni anche in presenza di un ricorso giurisdizionale o amministrativo avverso gli accertamenti effettuati dagli Organi agli stessi deputati (cfr., sul punto, anche il parere n. 239/2008).

Dalla disciplina vigente come sopra ricostruita emerge, quindi, che nelle ipotesi caratterizzate dalla gravità – come nella fattispecie in esame – sussiste l'obbligo del previo, rispetto all'esclusione, svolgimento di un giudizio negativo in ordine alla moralità professionale di competenza della stazione appaltante, alla quale, pertanto, non è consentito di prescindere dal dare contezza, nella motivazione del provvedimento di esclusione, di aver effettuato una concreta valutazione al riguardo, mentre l'operatore economico concorrente è tenuto indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare a monte alcun “filtro”, al fine di consentire la predetta valutazione.

Nel caso di specie, se da un lato l'impresa istante [omissis] risulta aver adempiuto al proprio onere di dichiarazione, dall'altro lato lo stesso non può dirsi per la stazione appaltante, atteso che il provvedimento di esclusione si limita a richiamare la dichiarazione resa dall'impresa medesima in ordine alla sussistenza del decreto penale di condanna, consentendo di sostenere che il Comune di [omissis] non ha quanto meno preso in considerazione nel valutare la “gravità” della violazione commessa e nel motivare il provvedimento di esclusione tutti gli indici presuntivi individuati dalla giurisprudenza amministrativa e da questa Autorità.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'impresa [omissis]. non sia conforme allo spirito e al contenuto dell'art. 38, comma 1, lett. c) ed e) del D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 20 settembre 2010